remember there is no Evolution without pollution on our planet

enfoque DERECHO 69

enfocados

Luz Verde para el Medio Ambiente

Entrevista a:

Antonio Brack Egg

de reojo

Responsabilidad Social Empresarial: ¿Es, todavía, un tema postergable?

Cecilia Rizo Patrón Pinto

zoom

¿Qué sucede si un Estado Miembro incumple las normas comunitarias sobre propiedad industrial?

Jorge [illegible]

bajo la lupa

Sobre brevetes, responsabilidad administrativa y debido procedimiento

Julián [illegible] Díaz

Lima, febrero de [illegible]
Revista de actualidad Jurídica

Una Publicación de THEMIS
www.enfoquederecho.com

¿Son lo suficientemente caras las multas de tránsito?

A quienes tenemos que transitar durante varias horas al día por las calles de Lima, nos resulta realmente increíble la cantidad de infracciones de tránsito que cometen los transportistas. Cuando un transportista decide cometer una infracción (como recoger pasajeros en lugares donde no está permitido hacerlo), sopesa los beneficios (de obtener el dinero extra que le significaría recoger a esos pasajeros) y los costos de la multa por cometer la infracción.

El sistema jurídico determina la forma y la magnitud de los costos impuestos al infractor de tránsito, de tal manera que sea disuadido de cometer infracciones. Las actividades ilícitas, por su naturaleza, buscan ser realizadas a espaldas de la autoridad por lo que no todas las personas que cometen infracciones de tránsito son detenidas y solamente existe cierta posibilidad de que se imponga la multa.

Asimismo, cada Estado elige las multas y el grado de vigilancia, sabiendo que la determinación de cada una influirá en la cantidad de infracciones que se cometerán. Un elemento disuasorio eficaz debe imponer un costo marginal al posible infractor. Siendo esto así, cuanto mayor sea el grado de vigilancia y mayores sean las multas, más elevados serán los costos marginales para el infractor, lo que reducirá la cantidad de infracciones.

Aumentar el grado de vigilancia es costoso para el Estado, pero aumentar el valor de las multas no impone costo alguno. Es más, es beneficioso para el Estado ya que las multas pueden utilizarse para cubrir los costos de vigilancia.

Siguiendo este razonamiento, sería lógico concluir que se deberían poner multas de tránsito extremadamente altas para reducir al mínimo nivel las infracciones. Pero todo tiene un límite.

Si llevamos este argumento al extremo, podría darse el caso que, si la sanción para un transportista que recoge pasajeros en un lugar no permitido, es la pena de muerte, mas de un transportista no dudaría en asesinar al policía que lo venga a detener, con lo que se incrementaría incluso la actividad delictiva, es decir de las conductas que el Estado no espera que los individuos realicen. Es por esta razón que se debe buscar un punto de equilibrio entre las sanciones y la vigilancia que reduzca las infracciones y no genere otras consecuencias peores. La vigilancia debe ser lo suficiente como para que sea totalmente factible que detengan a un infractor y las multas lo suficientemente altas como para desincentivar a cualquier chofer de cometer infracciones.

El Reglamento Nacional de Tránsito no contempla una diferenciación entre los conductores con los distintos tipos de Licencias de Conducir que expide el Ministerio de Transportes y Comunicaciones para efecto de las multas de tránsito. En ese sentido, proponemos que no solamente se haga una diferenciación respecto de las faltas "Leves", "Graves" o "Muy Graves" que pueda cometer un conductor, sino que también se haga en función del especial deber de diligencia que se le debe exigir a conductores que utilizan las vías públicas como lugar de trabajo.

Los choferes que se dedican al transporte público de pasajeros, al contar con una licencia de conducir (A II - Profesional), distinta a la de los conductores particulares (A I - Particular), deben sufrir mucho más las consecuencias de obtener una infracción de tránsito. Aumentar el monto del valor de las multas de tránsito para los transportistas, lo suficiente como para que sean disuadidos de cometer infracciones, significaría la posibilidad de tener un tráfico mas ordenado de vehículos y el no tener que recurrir a una sobrevigilancia por parte de la policía.

Consideramos que se debe cambiar el enfoque que se le da a la regulación de este tema, porque no se debe buscar poner las multas de tránsito al alcance del bolsillo para que los choferes de transporte público no coimeen a los policías, por el contrario, se debe buscar que no se cometan infracciones para que se haga el tránsito por Lima más ordenado y fluido, con menos probabilidades de sufrir accidentes de tránsito.

Aprovechamos estas últimas líneas para agradecer a las personas que hicieron posible el relanzamiento de la imagen de Enfoque Derecho, entre ellos, a quienes fueron miembros de la Comisión de Actualidad Jurídica del ciclo anterior; Carlos Glave, Alejandra Uribe, Agustín Grandez y Manuel Privat. Del mismo modo tenemos que agradecer a nuestros redactores, ya que sin su colaboración, no podría haberse realizado este proyecto.

Encuesta

¿Está de acuerdo con que deba haber un incremento en los sueldos de la administración pública como consecuencia de la bonanza económica que presenta el país? **sí** ☐ **no** ☐

vote en: **www.enfoquederecho.com**

enfoque DERECHO

sumario

enfoque

Punto de Vista

Perú vs. Chile:

vamos a la cancha y que gane el mejor

Luis Pizarro Aranguren

Escribo esta columna el domingo 20 de enero. Confieso que tenía en mente comentar sobre el rol del Banco Central de Reserva, la creciente preocupación sobre la baja del dólar comparativo al nuevo sol y los diversos instrumentos legales-financieros útiles en el actual contexto de la economía peruana. Sin embargo, he quedado impresionado y persuadido a comentar una encuesta a nivel nacional realizada por Apoyo y que el diario El Comercio publica hoy, sobre el caso que el Estado Peruano ha iniciado contra el Estado Chileno en el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya respecto a los límites marítimos. Realmente, la encuesta es digna de análisis para una clase de Introducción al Derecho; muy buena para la reflexión de jóvenes estudiantes en proceso de formación legal; y, excelente para el sano repaso de los abogados en ejercicio.

Ante la pregunta si los peruanos estamos enterados de la demanda peruana ante La Haya el resultado de la encuesta es el siguiente: 75% sí está informado y 25% no está enterado. No es difícil suponer que el 75% enterado no necesariamente conoce los detalles del caso; me arriesgo a pensar con optimismo que no más de un 20% podría resumir en términos básicos en qué consiste el litigio.

Ahora bien, el 99% (del 75% enterado de la demanda) piensa que Perú tiene razón. Obviamente, hay un factor afectivo no racional ni de sustento jurídico, pero finalmente legítimo, que explica la contundencia casi unánime en el respaldo de la opinión pública a la posición peruana. Presumiría que la misma encuesta, en Chile, tendría los mismos resultados.

La clave del análisis se encuentra en las dos últimas preguntas y su alucinante resultado: ante la pregunta si Chile debe aceptar la sentencia de la Corte, en caso sea favorable a Perú, la respuesta es un lógico 96% que debería aceptarla y un inexplicable 3% que no debería aceptarla; sin embargo, ante la pregunta si Perú debería aceptar la sentencia en caso sea favorable a Chile, el 61% piensa que no debería hacerlo.

La constatación que se genera al revisar estas dos respuestas representativas de la opinión nacional es grave y preocupante: aceptamos los procesos legales sólo si ganamos; pero los rechazamos si perdemos. Francamente, cavernario.

Me permito expresar algunas ideas resumen sobre este tema. Pienso que el litigio con Chile sobre los límites marítimos es una buena noticia para los dos países, sea cual sea el resultado. Me atrevo a afirmar que el juicio es bueno para propiciar la paz entre estos dos pueblos que deberían tener más espacios de integración y complementariedad. Lejos de lo que piensa la mayoría, incluso perdiendo, deberíamos consolidar relaciones con Chile sin complejos ni prejuicios para aprender de este país muchas cosas que carecemos y sin duda para aportarles a ellos muchas de nuestras fortalezas, todo por el bien de ambas sociedades.

Un litigio como el peruano-chileno en La Haya no es una guerra, es un vehículo ideal de racionalización de nuestras diferencias, es un escenario formal para intercambiar posiciones. Cada parte asume tener la razón ("su razón") y de facto la tienen, lo que es bueno y natural a un conflicto legal. Estamos frente a la esencia del Derecho.

Creo estar medianamente informado del caso y pienso con objetividad que el Perú jurídicamente tiene razón y debería ganarlo, lo digo no por ser peruano. Sin embargo, para ser consecuente con la firme creencia en la reglas de Derecho, todos debemos someternos al resultado del litigio, favorable o no. Ambos países ganaremos

Desenfocados



CAL: ¿Para qué?

| Beatriz Boza Dibos

¿Cuál es el sentido de un colegio de abogados? ¿Qué justifica que a un abogado se le restrinjan sus libertades de ejercicio profesional, asociación y empresa, obligándolo a colegiarse y a pagar anualmente su membresía en el gremio? ¿Qué nos aporta hoy la colegiatura obligatoria en el Perú? El abogado es un proveedor de servicios legales. Algunos abogados atienden a empresas, otros se especializan en individuos, otros mantienen una práctica orientada a servir a entidades extranjeras, gubernamentales, gremiales o sociales. Y lo hacen como prestadores de servicios independientes o como profesionales empleados por una persona jurídica (estudio, empresa, entidad pública u ONG). ¿Quién debe velar por la calidad del trabajo de un abogado? ¿Su cliente, su empleador, el Estado? Claramente es un tema privado, pues le corresponde al cliente exigirle a su abogado la calidad del servicio encomendado. Sin embargo, es una realidad, que no todos los clientes saben qué esperar de un abogado y, sobre todo, no todos tienen poder para controlar la conducta del abogado. Aquél que no recurre con frecuencia a los servicios de un abogado, usualmente individuos o familias, no tienen por lo general poder de mercado frente al proveedor abogado. Para ellos, nuestro ordenamiento legal les franquea la vía administrativa del INDECOPI y, en su caso, del Poder Judicial. Pero, ¿se agota allí la tutela de los intereses del cliente de un abogado?

El ejercicio de la abogacía, a diferencia de otras profesiones (v.gr, economía, educación o finanzas) u oficios (carpintería, gasfitería o computación) no se agota en servir al cliente sino que tiene implicancias para el Estado de Derecho. Los abogados estamos vinculados al funcionamiento de la legalidad y del sistema de justicia en el país. Debido a esa importancia que tiene la abogacía en la sociedad, se justifica la necesidad de regular la conducta ética de los abogados. Como bien lo demuestra Christian Chocano en su tesis titulada "La colegiación obligatoria: ¿Mayor control o descontrol del ejercicio profesional?", el régimen disciplinario es el fundamento que justifica una restricción a la libertad de ejercicio profesional del abogado. Ello porque en el patrocinio legal, además de un interés netamente privado, está en juego un interés público.

Sin embargo, el hecho de que la vigencia de un sistema disciplinario justifique una restricción a las libertades fundamentales, no supone por sí mismo la justificación de la colegiatura obligatoria. Para ello, esta última debe ser necesaria, idónea y razonable; es decir, debe servir para la finalidad de interés público que se espera conseguir con esta medida restrictiva de una libertad constitucional, además que no debe suponer un costo económico desproporcionado para los profesionales. En ese sentido, Chocano demuestra que hay regímenes legales que garantizan la ética y responsabilidad profesional del abogado sin recurrir a la colegiatura obligatoria. Tal es el caso de Chile, donde por mandato constitucional se prohíbe expresamente exigir la colegiatura como requisito para el ejercicio profesional (Art. 19°-16). La Constitución mexicana, a su turno, prohíbe que los colegios profesionales priven del ejercicio profesional a los abogados (Art. 5°). A su vez, en Colombia los colegios profesionales son creados a iniciativa privada, agrupándose los abogados en función de la universidad que los tituló, su especialidad o el área geografica donde ejercen. El estudio comparado que presenta Chocano demuestra que hay opciones alternativas a la colegiatura obligatoria para garantizar estándares éticos en la abogacía y que, en todo caso, el único asidero que existiría en nuestro ordenamiento legal para permitir una restricción a las libertades de asociación, empresa y profesión, es el contar con un régimen disciplinario eficaz, que, en la actualidad, carece de vigencia legitimadora para la profesión y que se ha usado recientemente de oficio en mas de una ocasión no para tutelar intereses del cliente sino mas bien con fines de política gremial para socallar voces críticas. Quizás haya llegado, pues, la ocasión de replantearnos la finalidad y la vigencia de la colegiatura obligatoria en nuestro país. En esa discusión, el trabajo de Chocano aporta valiosos elementos para el análisis y propuesta.

Tomando Conciencia

| Agustín Valencia-Dongo Medina

Años atrás, cuando se hablaba del efecto invernadero y el calentamiento global, así como de los efectos que tendrían para el medio ambiente, era común imaginar un paisaje apocalíptico; incluso, la mayoría de veces, teníamos la conciencia de que nunca afectaría a aquellos más cercanos a nosotros y que más bien sería una suerte de "legado de muerte" para generaciones futuras.

Hoy en día, es claro que los primeros efectos ya han empezado a manifestarse. Eventos climatológicos alrededor del mundo dan fe de que el medio ambiente esta empezando a reaccionar a siglos de contaminación. Hoy, es común escuchar que nevados como el "Pastoruri" ya no tienen nieve, el orgullo arequipeño "Misti" ha perdido la corona de nieve que ostentó durante siglos.

Lo que es inexplicable, desde un punto de vista lógico, es cómo a pesar de los resultados de la contaminación son más que obvios seguimos contaminando. La humilde respuesta que he podido esbozar es la siguiente: No existen incentivos reales que motiven al peruano promedio a observar una actitud correcta frente a la contaminación y, específicamente, al reciclaje. ¿Por qué en nuestro país no existe una verdadera cultura del reciclaje?

Esto se debe a varios motivos, siendo el primero de ellos la falta de una conciencia de comunidad y de bien común. Al ser el medio ambiente un bien común, y por lo mismo propiedad de todos, es a su vez propiedad de nadie. Esto hace que no exista un incentivo real a preservarlo pues queda aquella sensación de: "alguien mas lo recogerá, no es mi problema".

Fuera de eso, es claro que la razón por la que existe una falta de "cultura de reciclaje", es porque no existen mecanismos apropiados de parte del Estado en sus distintos niveles de organización que simplifiquen el proceso de reciclaje, teniendo como consecuencia que para una persona promedio el reciclar resulte una tarea demandante de tiempo y esfuerzo en exceso.

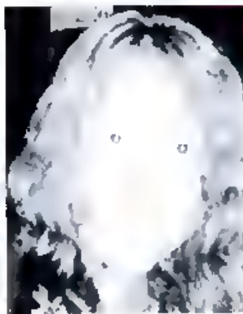
Si es que existiese una clara política de parte del Estado y correspondientemente mecanismos que permitan que sea tan simple reciclar y administrar bien los desechos, como lo es hoy simplemente arrojar basura a un contenedor, es claro que nadie podría argumentar una razón valida para no reciclar. Por tanto que una de las razones por las cuales seguimos contaminando y fallamos en demostrar una conducta a favor del medio ambiente, es porque nos demanda demasiado esfuerzo y dinero.

Nunca alguien podrá encontrar un fundamento valido para no reciclar por lo que jamás va a tratarse de una posición en contra del reciclaje sino que siempre será más bien una actitud indiferente al respecto, producto de una falta de identificación como comunidad y por lo mismo del medio ambiente como bien común, y a su vez la falta de incentivos que simplifiquen el proceso de reciclaje en la medida de que el que recicla no incurra en costos ni esfuerzos excesivos.

Es así que si pudiésemos lograr un sistema tan integrado de reciclaje que simplifique y facilite el reciclar, tal vez lentamente podría ir formándose una conciencia colectiva similar a la de países con una clara actitud en contra de la contaminación.

Esperemos que tal vez una propuesta similar pueda encontrarse dentro de la Agenda del recientemente creado Ministerio del Medio Ambiente.

Responsabilidad Social Empresarial: ¿Es, todavía, un tema postergable?



Cecilia Rizo Patrón Pinto

Directora de Gestión del Conocimiento
PERU 2021

En el Perú, estamos viviendo un auge económico. En el año 2007, nuestra economía tuvo un crecimiento mayor al 8%, el desempleo disminuye. En Lima la clase media va en aumento y los negocios, que normalmente estaban centrados en Lima, ahora se abren paso al interior del país. Asimismo, importantes tratados internacionales, como el Tratado de Libre Comercio (en adelante, el TLC) con Estados Unidos y Canadá, nos abren puertas para un crecimiento aún mayor para nuestra industria nacional. Igualmente, la reunión del Foro de Cooperación Asia Pacífico (en adelante, APEC), que se realizará en noviembre de este año en nuestro país, nos pone en un lugar preponderante, colocándonos en una especie de "vitrina internacional".

Sin embargo, aunque la economía peruana se encuentra en una fase de sólida expansión, más del 60% de la población económicamente activa (en adelante, la PEA), en nuestro país, tiene empleo informal, el nivel de pobreza es de 40% a nivel nacional y supera el 50% en 12 de las 24 regiones del Perú.

La pregunta es, entonces, ¿El crecimiento del Perú es sostenible con estos niveles de exclusión social? Esta pregunta quiso responderse en la última Conferencia Anual de Ejecutivos (en adelante, CADE) de IPAE cuyo tema central fue: "Todo lo que nos falta para hacer un país justo y próspero". Definitivamente, y a nadie le queda duda, el crecimiento económico del Perú beneficia enormemente al sector privado; pero, y nuevamente la pregunta, ¿Es este desarrollo sostenible a largo plazo? Definitivamente no; y los empresarios lo están empezando a comprender. Ya no, solamente, miran el tema como el lejano argumento europeo de responsabilidad social corporativa, sino que se están dando cuenta de que, aquello que al inicio se planteaba como "iniciativas voluntarias", ahora se está convirtiendo en exigencias para acceder a mercados.
No solamente el TLC con Estados Unidos impone fuertes condiciones laborales y ambientales (por ello, las modificaciones a la legislación laboral y el famoso Ministerio del Medio Ambiente), sino también la célebre reunión del APEC, cuyo tema central es: Responsabilidad Social Corporativa, con lo que se busca que las empresas reflexionen sobre como entender y manejar sus impactos para lograr la sostenibilidad de sus negocios. La Asociación de Exportadores (en adelante, ADEX) ha estimado que las inversiones extranjeras hacia el Perú podrían triplicarse en un plazo relativamente corto, después de la Cumbre del APEC. Y como si estos argumentos para la responsabilidad social no fueran suficientes; además, también tenemos en la agenda, la expectativa mundial que está generando la nueva guía en responsabilidad social promovida por la ISO, la ISO 26000. La ISO 26000 pretende ser una guía voluntaria para todas las organizaciones (incluyendo empresas), buscando promover prácticas socialmente responsables a nivel mundial. Estaría entrando en vigencia a inicios del 2010.

Entonces el desafío del 2008 para las empresas está en ¿Cómo ser socialmente responsable?

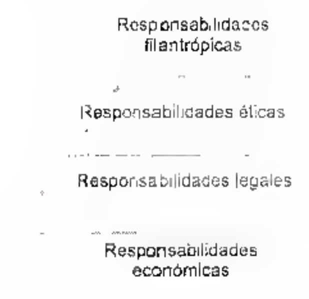
Según PERU 2021: "La Responsabilidad Social de las Empresas (en adelante, RSE) es una forma ética de gestión que implica la inclusión de las expectativas de todos los stakeholders o grupos de interés (Accionistas/Inversionistas, Colaboradores y sus familias, Comunidad, Clientes, Proveedores, Medio Ambiente y Gobierno) alrededor de la empresa, para lograr el desarrollo sostenible." La RSE es una herramienta de gestión que consta de estrategias transversales a todas las actividades de la empresa.

Para un mejor entendimiento de este concepto, lo desagregaremos en cuatro partes:

a. RSE aplica a todo tipo de negocios
Aunque las actividades de RSE de las grandes empresas, usualmente, reciben la mayor atención, las actividades de pequeñas empresas pueden tener mayor impacto en comunidades locales. En el Perú, el 90% del empleo es generado por la pequeña y mediana empresa; por ello, es vital que todos los tipos de empresas consideren las relaciones y expectativas que la definición de RSE anteriormente revisada así sugiere.

b. La RSE es un enfoque estratégico
RSE no es sólo un término académico, incluye acción y medición, o la medida en la cual las empresas adoptan la filosofía de RSE; luego, la sigue a través de la implementación de iniciativas. La iniciativa de implementar una estrategia de RSE debe ser apoyada por la Alta Gerencia de la empresa.

c. RSE satisface expectativas de la sociedad



Muchos piensan que las empresas deben aceptar y obedecer cuatro tipos de responsabilidades: económicas, legales, éticas y filantrópicas. En la base de la pirámide están las responsabilidades económicas, en la cual, los negocios tienen la responsabilidad de ser económicamente viables y de esta manera, proveer un retorno de la inversión a sus inversionistas, crear trabajos para la comunidad y, contribuir con productos y servicios a la economía.

Al siguiente nivel, las compañías requieren obedecer las leyes y regulaciones que especifican cual es la conducta responsable de una empresa. Además de las dimensiones economicas y legales de la RSE, las empresas deben decidir lo que ellos consideran justo y correcto sobre la base de la ética en los negocios. La ética en los negocios se refiere a los principios y estándares que guían el comportamiento empresarial; y se representan a través de códigos de ética o conducta.

En la parte superior de la pirámide están las actividades filantrópicas, las cuales promueven bienestar humano y buena voluntad. Haciendo donaciones voluntarias de dinero, tiempo y otros recursos las empresas pueden contribuir a sus comunidades y sociedad a mejorar su calidad de vida.

d. RSE requiere un enfoque a sus *stakeholders*.

Los *stakeholders* están constituidos por aquellos grupos e individuos que son, pueden o creen ser afectados por algún aspecto de las actividades de la empresa y aquellos que tienen o pueden tener algún interés o pueden afectar a la empresa.

La RSE es, entonces, una manera de gestionar los impactos de la empresa de manera transversal a toda la organización. Por ello, si queremos adaptarnos a las nuevas exigencias del mundo de hoy y si queremos crecer económicamente de manera sostenible, debemos invertir en un capital humano que pueda manejar la gestión de RSE en la empresa. No basta con "encargar el asunto" a algún área que "mas o menos esta relacionada". La persona encargada de RSE debe ser un profesional calificado, con experiencia en la gestión empresarial, con dotes de liderazgo, conocimiento de manejo de conflictos, con actitud mediadora, conocedor de la realidad nacional y sensibilidad social.

Por lo tanto, este artículo busca llamar la atención de las empresas en la importancia de prepararse adecuadamente a los nuevos desafíos que presenta nuestro escenario nacional, dentro del cual, la responsabilidad social empresarial es uno de los más importantes, si queremos aprovechar todas las oportunidades de crecimiento economico que este nuevo año nos presenta.

SMART Board™

Technologies.Inc.



La pizarra interactiva SMART Board™ convierte cualquier computador y proyector en una potente herramienta de enseñanza, colaboración y presentación. Cuando proyecta la imagen del computador en la pizarra interactiva, solo tiene que presionar en su superficie sensible al tacto para acceder a cualquier aplicación del computador y trabajar con ella Realice anotaciones utilizando los plumones SMART (sin pilas ni baterías) o utilizando su dedo directamente sobre la superficie de la pizarra, guardando la información en el computador.





Top Technologies

Representante Exclusivo

Telef.: 446.9930
www.smartboard.com.pe
www.smarttech.com
Email: contacto@toptechnologies.com.pe

Luz Verde para

Debido a la reciente propuesta de crea país, Enfoque Derecho conversó co explicase y detallase mejor la situació representa para la economía nacional creación de dicho Ministerio.

Entrevista a:

Antonio Brack Egg
Presidente del Grupo de Trabajo Multisectorial encargado de revisar el proyecto de ley de la creación Ministerio del Medio Ambiente

Por: Viviana Gálvez y Miguel Morachimo

¿Somos un país *ambientalmente* responsable?

Somos un país muy irresponsable porque no prevemos los impactos en el ambiente y deterioramos nuestra base productiva, la cual está conformada por los suelos, los bosques, las aguas y nuestro entorno.

¿Cuán importante es el manejo de buenas políticas ambientales para el desarrollo de una nación?

La deficiente gestión ambiental ocasiona al país pérdidas anuales por cerca de 8 200 millones de soles, según el estudio del Banco Mundial. En pleno siglo XXI, nuestro país sigue talando bosques, contaminando aguas y causando enfermedades, contaminando el aire en las ciudades con un parque automotor obsoleto, usando un combustible diesel altamente contaminante y agravando los desastres por una mala planificación del uso del territorio. Esto nos está costando demasiado; y si seguimos por esta ruta, vamos camino a un desastre de enormes consecuencias.

De lo que ha podido percibir en su trabajo sobre el tema, ¿cree que existe una conciencia ambiental en los peruanos?

Desde los últimos 30 años, la conciencia ambiental ha mejorado. Hoy, la prensa trata estos temas con frecuencia y existen iniciativas en la sociedad civil para gestionar mejor el ambiente. Es en las decisiones de los gobiernos central, regional y local donde falta mucha conciencia ambiental

¿Cuáles son los principales organismos privados que ayudan a resolver los problemas del medio ambiente en el país?

En la gestión ambiental, existen tres actores: el Estado, la sociedad civil, los empresarios y gremios empresariales, que engloban a un solo actor. La sociedad civil ha estado muy activa para crear una conciencia ambiental y su contribución es importante. Los gremios empresariales son muy importantes y su participación deberá ser reforzada.

Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente es uno de los objetivos del milenio, ¿en qué situación se encuentra nuestro país en este tema respecto de su contexto continental?

El objetivo del milenio indica que es necesario introducir en las políticas del Estado los asuntos ambientales. En esto hemos progresado; sin embargo, aún falta pasar de las políticas, a la acción más concreta y eficiente. El Acuerdo Nacional, los Convenios internacionales, la misma Constitución y las numerosas leyes así lo indican, pero la acción es aún débil y debe ser fortalecida.

Según cifras del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM), desde 2006, se dice que el deterioro ambiental tiene un costo económico para el país de casi el 4% del PBI. ¿Por dónde empezar a atacar este problema?

Algunos opinan que un Ministerio del Ambiente (MA) es burocracia y costos adicionales. Sin embargo, los costos de la mala gestión ambiental son muy altos y representan casi el 4% del PBI cada año. Si seguimos por la ruta actual, las pérdidas para el país en los próximos 10 años serán de, al menos, 82 000 millones de soles; pero si invertimos cada año unos 200 millones de soles para hacer un MA eficiente serían apenas 2 000 millones en los próximos 10 años; y esto, para revertir las pérdidas anuales. Eso es inversión y no, un gasto.

La Ley Marco del Sistema Nacional de Gestión Ambiental le otorga la función rectora del Sistema al Consejo Nacional del Ambiente con el objeto de asegurar el cumplimiento de los objetivos ambientales de las entidades públicas. Sin embargo, se dijo que se presentaron problemas de articulación y coordinación interinstitucionales. ¿Cree que la creación de un Ministerio del Medio Ambiente le pondrá fin a esos problemas?

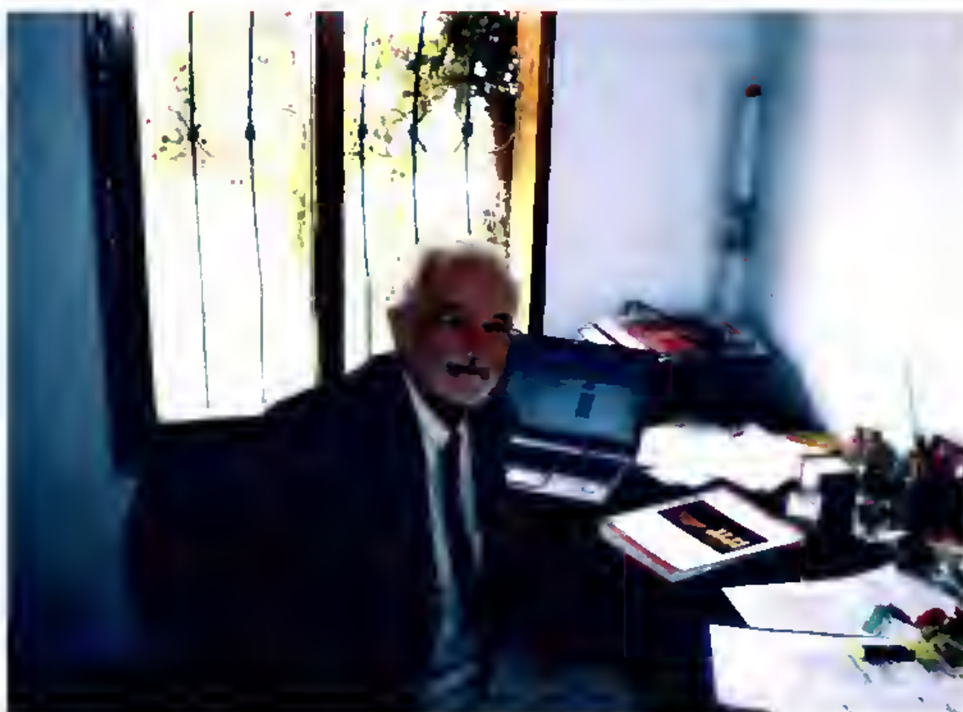
Un Ministerio del Ambiente mejorará, ciertamente, la coordinación intersectorial por su nivel en la decisión política y la presencia de un Ministro en el Consejo de Ministros con voz y voto. Este nivel no lo tiene el CONAM, una dependencia de la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM). Además, se piensa tener una suerte de Consejo de Concertación Ambiental en el Ministerio del Medio Ambiente, integrado por el Estado, la sociedad civil y los gremios empresariales para coordinar y concertar soluciones en materia ambiental.

Usted acaba de ser designado como Presidente del Grupo de Trabajo Multisectorial que se encargará de revisar el proyecto de ley de la creación del Ministerio del Medio Ambiente. ¿Cuál es la principal agenda del grupo de trabajo?



Medio Ambiente

iisterio del Medio Ambiente en nuestro r. Antonio Brack Egg, para que nos iestro país en este tema, los costos que osibles implicancias que acarrearía la



La agenda del Grupo de Trabajo Multisectorial (GTM) es proponer un proyecto de Ley para el MA y su respectiva justificación. Hacer un diagnóstico de la situación ambiental; y sugerir las líneas maestras para una política ambiental. Para esto, se tiene un lapso de tres semanas.

¿Cuál ha sido la opinión de los gobiernos regionales sobre la creación del Ministerio del Medio Ambiente?

Debemos ser claros. El MA aún no ha sido creado y está en proceso su establecimiento. Los Gobiernos Regionales están haciendo llegar propuestas y se tendrá reuniones con ellos a través de la oficina de Descentralización de la PCM para definir los niveles de la gestión ambiental regional.

¿Cuál es su opinión sobre la transferencia del Instituto Nacional de Recursos Naturales (INRENA) al Ministerio del Medio Ambiente?, ¿cuál será el efecto de esta transferencia?

Se está en coordinación con el Ministerio de Agricultura (MINAG) para esto. Está claro que todos los aspectos productivos del INRENA quedarán en el MINAG y pasarán al MA, el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas y la gestión ambiental rural. Otros aspectos se definirán en reuniones *ad hoc*.

Se ha discutido mucho la función que tendrá el Ministerio de cara a la actividad minera, ¿cómo se está trabajando dentro del equipo que usted preside?

Ciertamente, es un tema crucial pero no el único. La discusión sobre el MA está muy centrada en la minería, pero no se ven otros aspectos de la gestión ambiental que son, incluso, más graves. Lo que se discute son los niveles de la intervención del MA en los aspectos mineros, debido a que tampoco se puede eliminar la responsabilidad del respectivo sector en esto. Si pasara toda la responsabilidad sectorial al MA, se caería en una trampa, porque se lo se lo cargaría de tal manera que sería inoperativo.

El tema minero abarca la mayor atención, pero existen otros problemas, como la deforestación; ¿cuáles son los principales problemas que afectan al país en cuanto al medio ambiente y cuál sería el rol del Ministerio frente a ellos?

Los problemas ambientales más resaltantes son: el tratamiento de los residuos sólidos y efluentes a nivel municipal, de enorme impacto ambiental; la contaminación del aire en las ciudades grandes; los pasivos ambientales mineros y la minería informal; el cambio climático; el deterioro de la biodiversidad; la pérdida de bosques; la desertización y otros. El MA deberá estructurar un plan estratégico para buscar las soluciones en plazos aún no definidos y revertir estos procesos, disminuyendo los costos ambientales que implican.

Se han perdido inversiones millonarias debido a disturbios sociales. ¿Cuál cree que debería ser la postura, que el Estado debería adoptar, para que ello no se repita nuevamente: una postura firme en cuanto a las decisiones (Estado fuerte) o una postura de garante de las seguridades del medio ambiente?, ¿cómo ayudaría el Ministerio a la concretización de dicha postura?

Existen conflictos sociales, ambientales y socio ambientales que suman más de 70 en el país; en especial, en lo referido a la minería y el tema forestal en la Amazonía. Estos conflictos surgen por varios motivos: la escasa presencia e información a la población por parte de las instituciones del Estado; cuestiones políticas e ideológicas; y razones de preocupación real de las poblaciones locales por los problemas ambientales como los pasivos ambientales, la contaminación y la falta de consulta previa por parte del Estado. Un MA deberá ser una instancia para mejorar la presencia del Estado y la consulta a las poblaciones locales en asuntos ambientales, a fin de devolver la confianza de los pobladores en el Estado y en sus instituciones. Se deberá poner el máximo esfuerzo en desarrollar y mejorar una cultura de concertación con presencia de los diversos actores.

Diferentes países de Latinoamérica cuentan con un Ministerio del Medio Ambiente, ¿a qué se debe de que, recién ahora, el Perú considera necesaria la creación de un ministerio sobre esta materia?

El Perú, desde 1994, cuenta con un Consejo Nacional del Ambiente, el cual tenía poca fuerza. Ahora, se ha decidido elevar los asuntos ambientales a la categoría de Ministerio, que le da mayor fuerza política y de decisión. Esto es un avance.

¿Cuánta relación tiene la creación del Ministerio del Medio Ambiente con la firma del TLC con Estados Unidos?

Primero, es una necesidad; y luego, el TLC con Estados Unidos busca fortalecer la gestión ambiental. También, se vienen los TLC con la Unión Europea y otros países. El asunto ambiental es muy importante en todos ellos, no sólo por las obligaciones sino también por las oportunidades. Hoy, el comercio se vuelve cada vez más exigente en los asuntos ambientales y el Perú debe estar a la altura de los tiempos.

¿Qué sucede si un Estado Miembro incumple las normas comunitarias sobre propiedad industrial?



Jorge Allende Barchi

Especialista en Propiedad Intelectual y Derecho de la Competencia

Los Estados Miembros de la Comunidad Andina están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino.

Si uno de los Países Miembros incumple con las normas comunitarias, el afectado puede iniciar una Acción de Incumplimiento ante la Secretaria de la Comunidad Andina. Sin embargo, debido a la falta de engranaje entre las normas comunitarias y las normas internas, en muchos casos, los particulares que se ven afectados no verán resarcidos sus derechos.

I. Acción de Incumplimiento

El artículo 25° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (el Tratado) señala que las personas naturales o jurídicas afectadas por el incumplimiento de un Estado Miembro de las obligaciones comunitarias podrán acudir a la Secretaría para formular su reclamo. Luego de presentado el reclamo, la Secretaría deberá emitir un Dictamen.

Si el Dictamen fuera de incumplimiento, se requerirá que el Estado Infractor tome las medidas necesarias para corregir el incumplimiento, de lo contrario la Secretaría o el reclamante podrán acudir directamente al Tribunal de la Comunidad Andina (el Tribunal) para presentar la demanda.

La Sentencia de incumplimiento dictada por el Tribunal constituirá título legal suficiente para que el reclamante solicite ante los tribunales nacionales la indemnización de daños y perjuicios que el incumplimiento le haya causado.

En agosto de 2007 ha sido publicado el Dictamen 07-2007, emitido por la Secretaria como consecuencia de la Acción de Incumplimiento iniciada por *THE REGENTS OF THE UNIVERISITY OF CALIFORNIA* contra la República del Perú (Perú).

Los hechos que motivaron el reclamo fueron los siguientes:

- *THE REGENTS OF THE UNIVERISITY OF CALIFORNIA* (el Solicitante) presentó una solicitud de patente ante la Oficina de Invenciones y Nuevas Tecnologías del INDECOPI (OINT).

- La OINT requirió que el Solicitante presente el documento de cesión de la patente legalizado hasta por el Consulado Peruano.

- Luego de presentado el documento la OINT señaló que el documento no contaba con la cadena de legalizaciones requerida y declaró el abandono de la solicitud.

- El Solicitante apeló la resolución argumentando que la Decisión 486 sólo exige la presentación de una copia del documento de cesión sin ninguna legalización.

- La Sala de Propiedad Intelectual (la Sala) confirmó la resolución emitida por la OINT señalando que es necesario que los solicitantes cumplan con los requisitos adicionales establecidos en las normas nacionales, que exigen que un documento extendido en el extranjero sea legalizado hasta por el Consultado Peruano.

- El solicitante inició una Acción de Incumplimiento ante la Secretaría señalando que la OINT le exigió requisitos distintos a los señalados por el artículo 26° de la Decisión 486 en la tramitación de su solicitud.

Luego de analizados los argumentos, la Secretaria emitió el Dictamen No. 07-2007 antes mencionado, señalando lo siguiente:

- El inciso k) del artículo 26° de la Decisión 486 busca limitar la facultad de los Estados Miembros de dilatar los procedimientos a través de la solicitud de formalidades adicionales.

- El Perú impone requisitos formales adicionales a los establecidos en la Decisión 486, específicamente, el requisito de legalización de las firmas de los inventores y el de la legalización consular.

- La Decisión 486 (artículo 32°) faculta a la OINT a exigir requisitos de forma adicionales sólo cuando tenga una duda razonable y la misma sea debidamente motivada.

- La Secretaría concluyó que el Perú incumplió con las normas comunitarias al establecer con carácter general y obligatorio la exigencia de requisitos formales adicionales a los señalados en la Decisión 486 para registrar una patente.

- Asimismo, señaló que la OINT no motivó la causa de su duda con respecto a la veracidad del documento de cesión ya que requirió la legalización a través de un modelo de notificacion sin motivación alguna, razón por la cual no se puede amparar en el artículo 32° de la Decisión 486.

Por ello, la Secretaría solicitó que el Perú, en un plazo de treinta (30) días, cumpla con informar sobre las medidas adoptadas para superar el incumplimiento.

A la fecha, el Perú no ha implementado las medidas recomendadas por la Secretaría en el Dictamen 07-2007, por lo que la Secretaría o en todo caso el perjudicado podrán interponer una demanda ante el Tribunal.

II. Consecuencias para el reclamante

Tomando como punto de referencia el caso reseñado en el acápite II precedente, analizaremos cuáles son las consecuencias que la emisión de un Dictamen genera para el reclamante.

II.1 Si el País Infractor cumple el Dictamen

La respuesta a esta pregunta parece sencilla: el Solicitante puede continuar con el procedimiento de registro de la patente. Sin embargo, en el caso planteado, ello solo será posible si el INDECOPI declara de oficio la nulidad de la resolución que declaró el abandono del procedimiento.

Por su parte, si la patente ya perdió la novedad, la misma podrá ser solicitada nuevamente, pero será denegada.

Tampoco será posible iniciar un Proceso Contencioso Administrativo para que se declare la nulidad de la resolución que declaró el abandono la solicitud de patente, ya que el plazo para iniciar dicho proceso judicial ya expiró. En efecto, en el caso reseñado el reclamo fue presentado el 21 de febrero de 2007 (razón por la cual es evidente que la resolución emitida por el INDECOPI es de fecha anterior) con lo cual el plazo de tres meses para presentar la Demanda Contenciosa Administrativa habría expirado mucho antes de emitido el Dictamen.

En conclusión, a pesar de haber obtenido un Dictamen de Incumplimiento el perjudicado no podrá registrar su patente y perderá toda la inversión realizada en el desarrollo de la misma.

Pero ello no es todo, tampoco podrá solicitar una indemnización de daños y perjuicios ya que dicha acción sólo puede ser iniciada por aquella persona que cuente con una Sentencia de Incumplimiento emitida por el Tribunal.

II.2 Si el País Infractor no cumple con el Dictamen

En este caso, la Secretaría o el afectado podrán interponer la demanda correspondiente ante el Tribunal.

Si el Tribunal expide una Sentencia de Incumplimiento, el afectado podrá solicitar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios ante los tribunales nacionales, sin embargo, no podrá registrar su patente.

III. Conclusiones

A fin de lograr el engranaje necesario entre las normas comunitarias y las normas nacionales, es altamente recomendable que se modifiquen las normas que regulan la Acción de Incumplimiento.

Así, debería señalarse que cuando se interpone una Acción de Incumplimiento los plazos para que se impugnen los actos administrativos (emitidos en contravención de normas comunitarias) al interior del Estado Infractor se suspenden hasta que culmine la Acción por Incumplimiento. De esta forma, los afectados podrán solicitar ante los tribunales nacionales la nulidad del acto administrativo luego de culminada la Acción de Incumplimiento.

Asimismo, consideramos que el Dictamen emitido por la Secretaría (en caso el mismo haya sido acatado por el Estado Infractor) debe ser título suficiente para que el perjudicado pueda solicitar una indemnización por daños y perjuicios ante los tribunales nacionales.

Finalmente, si el INDECOPI no declara la nulidad de la resolución que declaró el abandono, consideramos que la única solución en un caso similar al planteado sería iniciar el Proceso Contencioso Administrativo de forma paralela a la presentación del reclamo ante la Secretaría y solicitar la suspensión del mismo, hasta que se resuelva la Acción de Incumplimiento.

El Despacho Aduanero que necesitamos

Julio Guadalupe Bascones
Analista Comercio Exterior

En plena etapa de implementación del TLC con Estados Unidos y de reformas normativas en materia aduanera y de comercio exterior, el despacho aduanero de las mercancías que ingresan al país constituirá, qué duda cabe, uno de los principales temas en torno a los que girará el debate.

Para desarrollar algunas ideas que nos parecen básicas sobre el particular, es necesario primero detenernos en el aspecto conceptual. "Despacho Aduanero" es el conjunto de trámites, procedimientos, gestiones que deben ser desarrollados ante la autoridad aduanera para, de un lado, someter las mercancías a su control, y, de otro, obtener la autorización para poder disponer de ellas. Conceptualmente, el despacho aduanero constituye el escenario de encuentro entre las acciones de "control" y aquellas tendientes a la "facilitación". Por ello, el dinamismo de las operaciones aduaneras dependerá, en muy buena medida, de la orientación que se le dé a este término.

De momento, la regla general es iniciar el despacho aduanero luego que la mercancía llegó al país y luego, por cierto, que la misma ingresó a un terminal de almacenamiento, situación que supone *per se* la demora en la gestión del despacho propiamente dicho y, consecuentemente, el encarecimiento de las operaciones de comercio exterior, pérdida de competitividad, saturación de actividades portuarias, etc. La excepción (bajo requisitos "encorcetados") a esta regla general es que el despacho aduanero sea iniciado antes que la mercancía arribe al país (Sistema Anticipado de Despacho Aduanero - SADA) con la posibilidad de retiro inmediato a los almacenes del importador a efectos que las acciones de control aduanero y culminación del despacho puedan ser llevadas a cabo en dichos locales.

Como se advierte, el sistema actual de despacho aduanero resulta insostenible en un contexto de facilitación y simplificación de procesos con disminución drástica tanto del tiempo de duración de los mismos como de los costos vinculados a estas operaciones.

Por ello, y para lograr este objetivo, resulta indispensable concebir un sistema de despacho aduanero que se sustente en premisas distintas a las actualmente existentes. A continuación hacemos referencia a algunas pautas que podrían ser tomadas en consideración:

- Regular el SADA como regla general (la excepción sería el despacho regular como actualmente lo concebimos), sobre la base de requisitos objetivos y de fácil acceso.
- Sustituir la prenda aduanera (que recae en la propia mercancía) por garantías globales y/o específicas, totales o parciales, a fin de permitir el retiro inmediato de las mercancías y la culminación del despacho fuera de los recintos aduaneros.
- Minimizar y sincronizar las acciones de control aduanero para mercancías que requieran la expedición de autorizaciones sectoriales (para lo cual la implementación efectiva de la Ventanilla Única de Comercio Exterior resulta prioritaria)
- Automatizar con carácter general todos los trámites realizados y/o actos efectuados ante y por la autoridad aduanera durante el despacho aduanero permitiendo la rectificación inmediata de errores en lo declarado.

Vistazo Legal

Arbitraje y Contratación por Adhesión

Marco Antonio Ortega Piana
Analista invitado

Hace unos días tuve la oportunidad de participar en un evento sobre arbitraje en el que uno de los expositores afirmó que no hay arbitraje forzoso, sosteniendo que todo arbitraje siempre es voluntario, siendo que en el caso específico de la contratación pública el hecho que el Estado hubiese dispuesto que los contratos que celebre queden sometidos a arbitraje, ello no obligaba al postor, por ser quien decide, al presentarse o no en el respectivo proceso de selección, si contrata o no.

Creo que las cosas no son así y, más allá de la necesidad de revaluar el tema del arbitraje forzoso en materia de contratación pública para que sea finalmente el Estado quien decida si se recurre o no a dicha jurisdicción, considero que lo afirmado respecto al arbitraje podemos relacionarlo a ciertos temas sobre los que se discute actualmente en el movimiento de reforma del Código Civil.

La contratación con el Estado es, por regla general, por adhesión, lo cual significa que su contenido está predispuesto. Relacionado a dicha situación de carencia de libertad contractual (no de contratar), se genera el concepto de las cláusulas vejatorias o con alcances groseramente beneficiosos para quien elaboró los términos y condiciones del contrato. Sin embargo, en función a los intereses comprometidos en la contratación pública, la doctrina admite que las partes estén en situación de desigualdad, de manera que lo vejatorio en lo civil no lo es necesariamente en lo administrativo.

De acuerdo al tenor original del artículo 1398° del Código Civil de 1984 la cláusula sobre sustracción a la competencia judicial estaba identificada como vejatoria, entendiéndose que la jurisdicción arbitral era alternativa a la judicial sólo en la medida que así hubiese sido libremente convenida. Dicha disposición fue posteriormente dejada sin efecto por el Código Procesal Civil, ya que se trataba de promover el arbitraje. El mensaje del legislador era claro: la cláusula de sometimiento a arbitraje no debe ser cuestionada tratándose, entre otros, de los contratos por adhesión, más aún cuando existe una corriente interpretativa de asignar carácter taxativo a la relación de estipulaciones contenida en el señalado artículo 1398°. Sin embargo, de considerarse que la indicada relación de estipulaciones es enunciativa, se abriría la posibilidad de cuestionar la eficacia de un pacto semejante en el contexto de la contratación por adhesión, lo cual ha llevado a que algunos consideren que dicho cuestionamiento podría inclusive extenderse a la contratación pública. Discrepamos de esta última tesis.

El contenido de la contratación pública está en gran medida determinado por ley, siendo uno de dichos aspectos la competencia arbitral. Se trata de una contratación por adhesión en cuanto a la manera de formarse el consentimiento pero no significa elaboración sujeta al arbitrio, o a la arbitrariedad, de la entidad pública. La ley predispone el contenido contractual, de manera que la libertad de configuración está limitada desde un inicio. El sometimiento a arbitraje no es impugnable bajo el argumento que se deriva de una estipulación vejatoria en el contexto de un contrato por adhesión.

Ahora bien, de acuerdo al último proyecto de reformas "urgentes y necesarias" al Código Civil, se incorpora nuevamente en su artículo 1398°, como cláusula vejatoria, la renuncia a la competencia judicial. Por las razones ya expuestas, de implementarse legislativamente la señalada reforma, la misma no se aplicará a la contratación pública. Otro tema será cuestionarnos si la propuesta es conveniente para la contratación masiva, que para fines del tráfico, se anteponen criterios de eficiencia económica, y es que no puede soslayarse el hecho que la contratación predispuesta se emplea de manera difundida en operaciones comerciales, financieras, de prestación de servicios, etc. ¿Será razonable que las controversias por un error en el revelado de fotos, por el uso de la cuenta corriente, o respecto al pago de la indemnización que se reclama a una aseguradora terminen en sede judicial? De ser afirmativa la respuesta, estimo que nuestra jurisdicción natural debe estar adecuadamente preparada, en normas y hombres, al menos para que la administración de justicia sea oportuna

Hora que los bancos se "Basileen"

Daniel Flores Consiglieri
Analista Invitado

Como es sabido, la actividad bancaria está sobrerregulada y requiere una estandarización internacional. Pese a esto (que para muchos podrían considerarse "barreras") y al alto nivel de concentración del mercado bancario, en los últimos años, el sistema financiero nacional ha resultado, bastante más atractivo que en tiempos pasados. Pues bien, parte de este logro se debe a la labor de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) y a la adopción del Acuerdo de Capital (denominado Basilea I) por nuestra regulación bancaria, el cual fue publicado en 1988 por el Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. Su principal aporte fue el de requerir a los bancos que mantengan un capital equivalente al 8% de sus activos ponderados por riesgo.

A pesar de los beneficios que trajo Basilea I para el sistema financiero internacional, fue necesaria una modificación de dicho Acuerdo, debido a las necesidades y complejidades del mercado actual. Es así que en el año 2004 se publicó el Nuevo Acuerdo de Capital (denominado Basilea II), el cual incorpora tres pilares: (i) Requerimientos mínimos de capital: sigue la línea de Basilea I pero con innovaciones y mejoras, regulando los riesgos de crédito, de mercado y operativos; (ii) Examen supervisor: contempla el proceso de evaluación de riesgos, la suficiencia de capital y del entorno de control, así como el riesgo de liquidez; y, (iii) Disciplina de mercado: establece los requisitos de divulgación de información al mercado sobre capital y gestión de riesgos.

A fin de implementar Basilea II, la SBS estableció un cronograma. A la fecha, se ha redactado un proyecto en consulta de modificación de la Ley 26702, en la cual, se modifican un total de 28 artículos y se incorpora una Disposición Transitoria. El proyecto fue difundido a las entidades bancarias y estuvo abierto a comentarios hasta el 25 de enero del presente año.

Sobre el primer pilar, el proyecto ha contemplado los siguientes métodos de cálculo del riesgo crediticio: (i) Requerimiento de patrimonio efectivo por riesgo de crédito mediante el método estándar; y, (ii) Requerimiento de patrimonio efectivo por riesgo de crédito mediante modelos internos. No obstante, si bien se estaría incluyendo las principales propuestas de Basilea II, el proyecto no contiene las metodologías para la medición del riesgo de crédito, de mercado y operacional, las mismas que serían determinadas posteriormente por la SBS. En cuanto al segundo pilar, el proyecto ha recogido disposiciones siguiendo lo establecido por Basilea II, asegurando que los bancos dispongan de recursos propios consistentes con su perfil de riesgos, permitiendo detectar situaciones que ameriten intervención. Con respecto al tercer pilar, el proyecto no hace referencias a las disposiciones de este pilar y entendemos que éstos serían implementados en futuras regulaciones de la SBS.

Pese a algunas ausencias importantes y disposiciones que dejan abierta la posibilidad a decisiones, que quedarían a criterio exclusivo de la SBS (como en la actualidad hay varias), en términos generales, el proyecto recoge en forma sustancial las normas contenidas en Basilea II; por tanto, esta adecuación debería difundirse para que todo el sistema financiero y público en general este debidamente informado de las novedades que nos trae su implementación; ya que, es vital para la economía nacional.

Resolución del Tribunal Constitucional e Inversión Extranjera

María Eugenia Yábar Guevara
Analista Privatizaciones e Inversión Extranjera

El 13 de Julio de 2007, el Tribunal Constitucional (TC) emitió la sentencia referida a la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el segundo párrafo del Artículo 24° de la Ley de Radio y Televisión (la Ley).

El párrafo cuestionado señalaba que *"la participación de extranjeros en personas jurídicas titulares de autorizaciones y licencias no puede exceder del cuarenta por ciento (40%) del total de las participaciones o de las acciones del capital social, debiendo, además, ser titulares o tener participación o acciones en empresas de radiodifusión en sus países de origen"*.

El TC declaró la inconstitucionalidad del mencionado párrafo debido a que no había relación entre la finalidad supuestamente perseguida por el legislador al redactar la norma (utilizada como justificación por los demandados) y el trato diferenciado establecido. El legislador indicaba que la presencia de nacionales aseguraba un contenido que reforzaba la identidad nacional. Al no tener una relación directa el contenido difundido a través de la señal, con la nacionalidad de los accionistas de la persona jurídica titular de la licencia, el TC concluye lo siguiente: primero, que el trato diferenciado está basado sólo en la nacionalidad de los accionistas, estando dicho motivo prohibido por el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución, donde se señala que *"(...)Nadie debe ser discriminado por motivo de origen(...)"*; y segundo, que se está contraviniendo lo dispuesto en el Artículo 63º de la Constitución, a saber, que *"La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones(...)"*.

Sin embargo, el mismo Artículo 63º señala un supuesto específico en el que un trato diferenciado no sería inconstitucional. Nos estamos refiriendo al denominado principio de reciprocidad, regulado por dicho artículo: *"(...) Si otro país o países adoptan medidas proteccionistas o discriminatorias que perjudiquen el interés nacional, el Estado puede, en defensa de éste, adoptar medidas análogas (...)"*.

El TC hace referencia a la importancia de este principio en el tema del trato que se da a las inversiones extranjeras, señalando que si bien es cierto que nuestra Constitución dispone que la inversión nacional y la extranjera deben recibir un trato igualitario, la aplicación de estas disposiciones debe estar sujeta a que los capitales peruanos sean tratados de manera recíproca en el país del que provienen las inversiones.

El TC confirma con esta sentencia la importancia del principio de reciprocidad en el trato a la inversión extranjera como rector para determinar el trato que el Estado peruano debe otorgarle.

Esta injustificada discriminación existe en otras normas vigentes tales como la Ley de Aeronáutica Civil, que reserva el transporte aéreo nacional a empresas cuyo capital sea, al menos en un 51%, propiedad de peruanos (luego puede reducirse a 30%); y la Ley de Reactivación y Promoción de la Marina Mercante Nacional, que restringe el transporte acuático comercial en tráfico nacional o cabotaje así como el tratamiento tributario preferente a empresas navieras nacionales considerando como tales a aquellas cuyo capital sea al menos en un 51% propiedad de ciudadanos peruanos, entre otras. ¿Necesitamos del TC para corregir cada una de ellas?

La aceptación y legitimación social de los tributos

Eduardo Sotelo Castañeda
Analista Invitado

Desde hace siglos, los tributos se asocian a Estados con sociedades que aceptan el imperio de la ley o la regla de derecho (*rule of law*) como norma de convivencia general. En estas sociedades existe la asunción de que la mayoría de ciudadanos cumple con sus obligaciones legales y, dentro de ellas, las tributarias, y a los que no se conducen de tal modo, el peso de la ley puede y debe caerles encima con toda su fuerza.

No obstante ello, las actitudes cooperativas de los ciudadanos en cuanto al pago de tributos parecen no ser la norma en un número importante de sociedades modernas.

El control y la coacción del cumplimiento han sido los mecanismos más tradicionales para asegurar y mejorar los niveles de cumplimiento tributario. Pero la recaudación o su mejoría no pueden descansar, exclusivamente, en un modelo basado en la coacción de parte del Estado y su administración tributaria.

Ello porque no sólo el volumen de coacción necesario para ejecutar esto sería inadmisible en regímenes democráticos, sino que, adicionalmente, sería excesivamente oneroso e injustificable (Sevilla, José. Política y Técnica Tributarias. 2004. p. 164). En adición, el nivel óptimo del esfuerzo de fiscalización está dictado no sólo por los recursos que utiliza el Estado y los ingresos que recauda la administración tributaria, sino también por los costos asociados a las distorsiones provocadas por los aumentos en las tasas impositivas y los beneficios marginales del gasto de gobierno (Serra, Pablo. Documento de Trabajo. Banco Central de Chile, Diciembre de 1998. p. 5).

El buen funcionamiento y la productividad de los sistemas impositivos requiere, entonces, de una buena dosis de colaboración de los contribuyentes.

La colaboración mediante el cumplimiento voluntario, y la coacción involucrada en el control del cumplimiento y del incumplimiento de las obligaciones tributarias, no son procedimientos alternativos, sino más bien complementarios para procurar la recaudación tributaria y su mejora. Controlar el incumplimiento, o facilitar y promover el cumplimiento de las obligaciones tributarias, no constituyen un dilema en administración y política tributarias.

La dosis de esfuerzo de control y de promoción del cumplimiento voluntario involucrados en la recaudación dependen, principalmente, de los costos relativos de ambos, de la brecha fiscal que se deba cerrar y del estadio de desarrollo y vigencia de los mecanismos democráticos de los que disponga la sociedad en un determinado momento.

Una de las primeras condiciones para que ocurra esta colaboración de los ciudadanos contribuyentes es que exista una concientización respecto del deber cívico que representa pagar tributos (cultura tributaria), y para ello se requiere que un amplio espectro de la sociedad haya interiorizado el carácter legítimo de la política tributaria aprobada y de la cultura tributaria que se busca impartir.

No cabe duda de que las políticas que buscan mejorar la legitimidad social de los tributos pueden requerir reformas administrativas que trascienden el ámbito de actuación de la propia administración tributaria y que, por tanto, atañen al sector público general: una carrera pública administrativa, que sea estable y bien remunerada; una administración tributaria independiente, con un grado suficiente de discrecionalidad reglada; de controles institucionales *ex post* que permitan una actuación facilitadora de los funcionarios públicos, etc.

Vistazo Legal

¡Si no hay dignidad… la huelga continua!

Roger Yon Ruesta
Analista Penal

El pasado mes de noviembre se inició la huelga de los trabajadores del Poder Judicial. Dejaron de operar, se negaron a atender al público, y es que ese día simplemente las puertas de los juzgados no se abrieron. La primera impresión generada en la población fue indignación. Entre los usuarios del sistema judicial se oía: "¿Cómo es posible que hagan esto?", "¿es que acaso no piensan en los demás?", "¡son unos egoístas!", "¡reciben un buen sueldo y no trabajan!".

Escribimos estas líneas con el objeto de que se pueda comprender las circunstancias en las que la huelga tuvo lugar. Entender que los trabajadores judiciales, como cualquier ciudadano de a pie, busca un sustento para la familia, además del desarrollo personal (¡y profesional!), y que si su institución no se los brinda, entonces la frustración se ve acompañada de la necesidad de buscar nuevos ingresos dentro de su propio centro de trabajo

Señalaremos que los problemas que viene atravesando el Sistema Judicial Peruano no se han originado hace un año; datan de muchos años atrás, tanto que es imposible señalar una fecha o identificarlos con el surgimiento de la república

La población usuaria del Sistema Judicial exige, a los trabajadores judiciales (en quienes muchas veces se aprecia incoherencia respecto del caso judicializado, indiferencia respecto a contribuir con su trabajo a prestar un servicio público necesario), una correcta impartición de justicia, puntualidad, honestidad en la labor y sacrificio frente a las condiciones en que laboran. Sin embargo, cuando estos trabajadores exigen el mínimo respeto de sus condiciones de trabajo, se les da la espalda; cuando exigen que se cumpla con la ley o sea, con el pago de sus salarios, se les responde con una negativa ("falta presupuesto").

La negativa de invertir en el Poder Judicial radica en la inviabilidad, a corto plazo, de logros y resultados. ¿Cómo pretendemos exigir algo de quien no lo recibe? No seremos nosotros quienes apreciando equivocadamente no nos percatamos si la huelga (derecho recogido en la Constitución Política, artículos 28° y 42°) de repente ha sido "el veintiúnico" recurso para reclamar un sueldo justo.

La falta de salarios, en los niveles prometidos, da cuenta de una cadena de problemas, de la facilidad con que la corrupción se instaló en los ambientes del Poder Judicial, a pesar de la indignación de trabajadores honestos que escuchan de "los otros": no encuentro en un magro sueldo lo suficiente para mantener a la familia ¿Cómo completo la canasta familiar?,

Pero, ¿qué requisitos han cumplido para estar allí? Daremos tres aristas que subyacen en un sólo problema:

1. Para llegar a ostentar una plaza dentro del Aparato Judicial es necesario contar con un mínimo de años de experiencia profesional para el caso de Secretarios Judiciales tres años, y para Jueces, cinco años. Este requisito puede indicar que estos funcionarios en muchos casos no se han sentido satisfechos profesionalmente en el tiempo que se desempeñaron como abogados independientes.

2. Cuando por fin han alcanzado un puesto público, se encuentran con un sistema que no funciona y con trabajadores que en sus mismas condiciones ya aprendieron a ser complacientes con dicho sistema, por lo que no avizoran algún cambio.

3. Sus expectativas de aprendizaje se ven frustradas al no recibir capacitaciones que les permitan actualizar sus conocimientos de acuerdo a las modificaciones de las leyes, doctrina y jurisprudencia. Esto causa limitaciones en su desempeño profesional, las cuales se ven reflejadas en el ejercicio de su labor. Salvo que tenga una férrea vocación expuesta a muchas pruebas y sacrificios, es de entenderse por qué los mejores alumnos universitarios no integran este sector laboral.

Importa tomar en cuenta que el pago de sus justos salarios no es la única solución por encontrar. Si se quiere mejorar el Sistema Judicial, urge dar una política de gobierno que plantee un cambio desde la sociedad, que enseñe y haga consciente a la población acerca del enorme valor social (y también económico) de contar con una función judicial transparente con resoluciones previsibles por el nivel de objetividad jurídica alcanzada. Así, la capacitación, más que un regalo, integrará el tránsito por esa sede, y el salario justo le brindará a cualquier ciudadano el derecho de reclamar ante la lentitud de un trámite o la deficiente actuación del operador, sin que éste se encuentre presto "a servir a cualquiera" para llevar la coima con la que dará de comer a su familia

Así como todos los ciudadanos, los operadores judiciales jueces, fiscales, secretarios y demás servidores públicos que tienen que ver con este sector, buscamos el mismo fin una correcta impartición de justicia, que otorgue seguridad jurídica y estabilidad al sistema normativo a partir de la protección de sus intereses más preciados.

De Observancia Obligatoria

Contratación en masa: estándar dirigista vs. estándar informativo

| Cecilia O'Neill de la Fuente

Si yo fuese legisladora, luego de analizar las herramientas para regular la contratación en masa escogería, como lo hizo el legislador de 1984, la regulación por estándares; la diferencia es que me ocuparía de fijar estándares informativos, no dirigistas que determinen *per se* qué es bueno y qué es malo para los consumidores. Naturalmente, esta respuesta es una del año 2008, cuando los conceptos de economía de mercado y de libre competencia no sólo ya han sido acuñados, sino además interiorizados por los agentes económicos. En 1984, la situación era otra: en el ámbito internacional, la *perestroika* no se había implementado; y en el ámbito nacional, pese a la profunda crisis económica, el gobierno se seguía resistiendo a la des-estatización de la economía.

Ahora las cosas son distintas y por tanto merecen una aproximación también distinta, consecuencia de la necesaria adaptación a escenarios complejos y cambiantes. El caso que se comenta explica que una buena resolución judicial, incluso si sentara precedente, no es suficiente para resolver un problema creado por un legislador renuente a *aggiornorse*.

Mediante Casación N° 2047-2007-LIMA del 24 de julio de 2007, la Corte Suprema declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la compradora de un stand en Gamarra que venía perdiendo el proceso de declaración de nulidad de su contrato de compraventa. Al parecer, la recurrente había incumplido con el pago del precio del bien, y la Caja de Pensiones Militar Policial resolvió el contrato al amparo de una cláusula que se lo permitía.

La primera discusión consistió en determinar si el contrato de compraventa contenía cláusulas generales de contratación. Como la respuesta fue que sí, el siguiente paso del análisis fue determinar si era aplicable el artículo 1398° del Código Civil. Recordemos que este último, absurdamente en mi opinión, sanciona con nulidad una serie de pactos a favor de quien redacta las cláusulas generales, como por ejemplo los que establecen la posibilidad de resolver el contrato o los que contienen limitaciones de responsabilidad.

Hay tres temas que quiero destacar a propósito de la resolución mencionada.

En primer lugar, la forma en que la Corte Suprema ha abordado el problema, más allá de la discusión sobre el fondo, me parece no sólo sorprendente, sino además intachable. La Corte no se limitó a aplicar la ley con criterios exclusivamente jurídicos sino que, señalando una nueva pauta en el ámbito judicial, introduce en su análisis nociones de libre competencia como una alternativa frente al paternalismo del Estado. En efecto, en su considerando octavo la Corte señala que "de existir condiciones idóneas para la libre competencia que permita a los consumidores elegir entre una y otra alternativa a momento de adquirir un bien o servicio, ello impondrá a los proveedores el establecimiento de cláusulas razonables".

En segundo lugar, partiendo de la existencia del artículo 1398° que la Corte se ve obligada a aplicar (salvo utilización del control difuso por vulneración del principio de igualdad, lo que por razones de espacio tendría que ser materia de otro trabajo), la Sala con buen criterio indicó que dicha norma no es impedimento para permitir a quien redactó el contrato, resolverlo por los supuestos previstos en el Código Civil. En otras palabras, sería nocivo y desproporcionado impedir que cuando se trate de contratación en masa, quien redactó el contrato no pueda resolverlo ante el incumplimiento del deudor. El propósito del artículo 1398° fue, en realidad, establecer limitaciones a facultades consideradas exorbitantes, como por ejemplo la posibilidad de dejarlo sin efecto por la exclusiva voluntad de la parte "fuerte" de la relación. En cualquier caso, aunque la Corte no lo dice, la alegada nulidad de una cláusula no podría invalidar todo el contrato, como pretendía la recurrente (principio de nulidad parcial).

Finalmente, aunque la Corte Suprema está por buen camino -pues nada más podía hacer- ahora es el turno del legislador, pero asesorado por un buen regulador en políticas públicas, que por fin ponga en práctica el análisis costo-beneficio que por mandato legal debe adoptarse antes de expedir una norma. Es necesario comprender que el intervencionismo estatal y la información de fuentes privadas son modelos regulatorios irreconciliables.

Si optamos por el dirigismo, no hace falta la información. En ambos casos hay estándares, pero en el primero, éstos sirven de patrón para fijar las condiciones de la oferta (dirigismo), mientras que en el segundo caso, los estándares son más bien una guía para el usuario (información). Prefiero esto último.

Bajo la Lupa

Sobre brevetes, responsabilidad administrativa y debido procedimiento

| Julián Li Díaz
| Alumno de la Facultad de Derecho de la PUCP

Hace poco más de un mes el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (MTC), a través de una Resolución Viceministerial, declaró la nulidad de oficio de varias licencias de conducir bajo el argumento de que las personas que obtuvieron tales documentos habían presentado al MTC exámenes psicosomáticos no suscritos por los profesionales registrados.

Esta noticia fue cubierta por todos los medios de comunicación, a través de los cuales el MTC anunciaba el inicio de un procedimiento sancionador a todos los administrados implicados, dado que dichos administrados -sostiene el MTC- han presentado información falsa a una entidad administrativa, infracción prevista y sancionada por la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG). Esto es irrazonable y desproporcionado.

Cuando un centro médico autorizado por el MTC expide un certificado de examen psicosomático firmado por un tercero y no por el profesional registrado, tanto el administrado como el propio centro médico pueden tomar medidas al respecto. Así, el administrado puede ir, de ahora en adelante, con un perito grafotécnico que pueda certificar la validez de la rúbrica de todo documento expedido o, por otro lado, el centro médico puede tener la debida diligencia de fiscalizar el cumplimiento de la función encargada por la Administración.

Evidentemente, el primer supuesto descrito es ridículo; si así fuera, ningún administrado realizaría trámite alguno, en tanto no bastaría acudir a una entidad autorizada sino que tendría que preocuparse por la validez de la documentación expedida, con todo el costo económico que aquello implica. En consecuencia, la solución más apropiada resulta el hacer responsable al centro médico encargado de expedir el respectivo certificado en tanto se encuentra en mejor posición de prevenir la conducta infractora a un menor costo y con mayor eficiencia. Ésta es precisamente la solución por la que ha optado el reglamento específico de la materia, el cual responsabiliza al centro médico y no al administrado por las irregularidades de los certificados de exámenes psicosomáticos. Por consiguiente, al menos en lo que respecta a dichos certificados, no resulta aplicable la LPAG en tanto contraviene el régimen especial.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo con la información proporcionada por los medios de comunicación, el MTC declaró la nulidad de las licencias de conducir sin efectuar ninguna comunicación previa a los administrados perjudicados. Dicha situación atenta contra la LPAG, la cual obliga a la Administración Pública y, por tanto, al MTC, previamente a la expedición de cualquier acto administrativo que genere agravio al administrado, a otorgar a éste un plazo no menor de cinco días para efectuar sus descargos. Este sólo hecho, en tanto vulnera el debido procedimiento administrativo, bastaría para que se declarara la nulidad en sede administrativa de la Resolución Viceministerial. Cabe señalar que al tratarse de un acto administrativo que agota la vía administrativa, dicha nulidad no podría ser solicitada por el administrado (que sólo le quedaría recurrir a la vía judicial) sino que deberá ser declarada de oficio por el propio MTC